

Notas às Súmulas Vinculantes Administrativas

Nagib Slaibi Filho

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ e UNIVERSO

1. INTRODUÇÃO

Entre as mais importantes fontes normativas, temos hoje a denominada *súmula vinculante*, objeto de tantos estudos e críticas, e que merece exame sobre a perspectiva do Direito Administrativo.

Este trabalho¹ dedica-se a tema que ganha galas de relevante interesse para o Direito brasileiro neste início do século XXI, pois as súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, aparentam estar em confronto com a visão já arraigada na comunidade forense sobre o princípio da legalidade, considerado como fundamento primeiro e essencial para a atuação da Administração Pública no Estado Democrático de Direito.²

A Administração Pública de todos os Poderes e em todos os níveis federativos, como está no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, submete-se ao princípio da legalidade, mas a fonte normativa, de onde decorrem as normas que regem a sua atuação, não mais se reserva exclusivamente aos atos do Poder Legislativo com forma de lei.

¹ Extraído de trabalho acadêmico apresentado ao professor Francisco Mauro Dias como requisito para aprovação na cadeira de Direito Administrativo, 1º semestre de 2008, do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Gama Filho.

² Não há que se confundir a súmula vinculante com a súmula comum dos tribunais. Aquela é constitucionalmente vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, esta é obrigatória para os próprios tribunais, consoante o disposto nos arts. 475, § 3º, 479, 518, § 1º, 543 A, 544, § 3º e 557, todos do Código de Processo Civil e os respectivos regimentos internos. As súmulas vinculantes têm evidente caráter legislativo, com obrigatoriedade haurida na elaboração procedida pelo mais alto órgão constitucional. Já

As súmulas vinculantes de conteúdo administrativo, como expressão da competência funcional do Supremo Tribunal Federal de elaborar os atos genéricos e abstratos que regem a Administração Pública,³ constituem atos normativos que vão haurir da imparcialidade da Corte Constitucional no seu papel não só de interpretar a Lei Maior como, principalmente, e por que é função própria de todos os tribunais constitucionais, o de dizer o que é a Constituição e a incidência de suas normas nos diversos setores da vida nacional.

Utilizou-se a pesquisa na doutrina e na jurisprudência, principalmente os precedentes da Alta Corte de Direito Constitucional.

Pretende-se demonstrar que o caráter normativo da súmula vinculante constitui legítima fonte constitucional, e assim obrigatória, para todos os agentes administrativos e para aqueles que, na condição de administrados, estão sujeitos aos efeitos dos atos do Poder Público.

2. A LEGALIDADE COMO EXPRESSÃO DO LIBERALISMO POLÍTICO

Está ultrapassado o paradigma pretensamente liberal da legalidade estrita, ou da simples e mesmo impossível obediência

as súmulas de jurisprudência dominante decorrem da sedimentação da orientação tópica dos tribunais e foram se insinuando, a partir do Supremo Tribunal Federal, que, justamente em abril de 1964, editou os primeiros enunciados, a despeito das resistências de alguns de seus integrantes. Por ora, a súmula dos tribunais é mais do que um conselho e menos do que uma ordem (Cândido Dinamarco), porque restritos os seus efeitos ainda ao patamar destinado pelo Direito brasileiro à jurisprudência. Através de polêmica mutação formal da Carta da República, tivemos diversas tentativas de emprestar às decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria do direito federal, a eficácia normativa de vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário e, conseqüentemente, aos demais órgãos do poder, os quais acabam submetidos, nos casos concretos, ao *judicial review* que herdamos do sistema do *Common Law*. Sobre as súmulas comuns, ver Lênio Luiz Streck, *Súmulas do Direito Brasileiro, eficácia, poder e função. A ilegitimidade do efeito vinculante*, 2ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

³ Francisco Mauro Dias, em palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 25 de junho de 1999, traz a descrição de saudoso e notabilíssimo mestre lusitano sobre a relação entre a Magistratura e a Administração Pública no Direito reinol: *Em curso que professou, em língua francesa, na sessão de Lisboa da Faculdade Internacional de Direito Comparado, em agosto de 1964, sob o título "As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil", MARCELO CAETANO dedicou o seguinte trecho às Instituições Portuguesas em nossas plagas: "Desde 1500 a 1822, por*

ao texto frio da lei, da simples interpretação literal ou filológica, mesmo porque tal seria de inviável realização pelos percalços do legislador em prever, com antecipação e absoluta precisão, todas as situações futuras em que atuará a complexa e diferenciada máquina administrativa do Estado.

Em decorrência, o princípio da legalidade vai muito além do que está meramente escrito nos termos legais, pois compreende também os demais princípios constitucionais⁴ e depende a sua in-

consequente, o Brasil regeu-se pelas leis portuguesas e teve instituições portuguesas. A administração era, tanto em Portugal como no Brasil, fundamentalmente municipal como se usara na época do povoamento do próprio povoamento europeu. Assim, quando o poder tomava a iniciativa de fundar uma povoação, esta recebia o domínio das terras circundantes mediante um foral concedido pelo rei ou senhor do território. E no município, assim constituído, eram os próprios habitantes que administravam os assuntos de interesse local, elegendo um órgão colegial (câmara municipal) a que presidia um magistrado electivo também (juiz ordinário) ou de nomeação régia (juiz de fora). A inspecção da administração municipal e da justiça local era exercida por corregedores (substituídos nos territórios senhoriais por ouvidores). Estes magistrados eram itinerantes, devendo visitar periodicamente todas as vilas do território da sua comarca. Aí examinavam os processos, recebiam queixas e julgavam algumas questões de maior importância, podendo anular certos actos ilegais dos órgãos municipais (as posturas).” [...] “Sem embargo da existência, já àquela época, de um controle interno de legalidade, eis que presidida a Câmara Municipal por um magistrado, o controle externo também se fazia presente e incidia, antes de sua separação ou especialização, sobre todas as funções jurídicas do Estado de Direito de então, reunidas em um só órgão.”

⁴ Não se poderá jamais ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos - legisladores, magistrados e administradores - são responsáveis perante a lei e a Constituição, devendo expor-se, plenamente, às consequências que derivem de eventuais comportamentos ilícitos. A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo. Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (Revista Trimestral de Jurisprudência nº 182, p. 525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno.)

cidência da corajosa constatação do fato que interessa à norma ou da adequada cognição da situação concreta para a sua aplicação.

A turbilhonante complexidade deste início de século XXI exige suficiente efetividade do Poder Público no cumprimento das tarefas ou dos objetivos fundamentais que lhe são atribuídos pela sociedade, como se vê, por exemplo, na Constituição de 1988, em seu art. 3º, referindo-se às tarefas de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminações de qualquer espécie.

A função administrativa do Estado moderno menos se dedica à garantia do núcleo essencial da atividade do Estado no século XIX (defesa nacional, segurança, justiça, fisco), e muito mais à transformação da sociedade, atribuindo-se ao aparelhamento estatal funções essenciais ao indivíduo que não tenha como suprir para consigo e sua família direitos fundamentais como saúde, educação, segurança.

Até mesmo nas atividades de planejamento da ordem econômica e repressão do abuso do exercício de direitos sociais, econômicos e políticos, o Estado volta a sua atividade visando a suprir as necessidades dos indivíduos e grupos sociais carentes de sua atuação como garantia para o exercício de seus direitos.

Enfim, da função administrativa, que constitui a linha de frente da atuação do Estado porque realiza materialmente a sua atividade política, esperam os cidadãos muito mais do que a estática obediência ao texto frio da lei cujo conteúdo é interditar a atividade do poder para permitir a plena atividade daqueles que não necessitam das atividades estatais.⁵

⁵ Sobre o papel do Estado moderno e a prevalência do interesse público sobre o privado, veja-se o voto no dia 20 de agosto de 2008, no Recurso Extraordinário nº 579.951-4, do Rio Grande do Norte, do Ministro Ricardo Lewandowski: *O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra Raízes do Brasil, ao dissertar sobre as origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade, afirmou: “Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se aúfere relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam*

O princípio da legalidade está insculpido na Constituição de 1988, no *caput* do art. 37, como princípio geral da Administração Pública, ao lado dos princípios da impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência.⁶

No sistema tríplice idealizado por Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, no seu **O Espírito das Leis**, de 1748, imaginava-se possível atribuir somente a órgãos específicos, agrupados no conjunto de órgãos públicos denominado Parlamento, o poder exclusivo de elaborar as leis como comandos genéricos e abstratos dirigidos à sociedade e ao próprio Estado.

A elaboração das leis genéricas e abstratas, atividade que se deslocou gradualmente dos órgãos do Parlamento para os demais ramos do Poder Público, que passaram a exercer com habitualidade e, relativamente sem grandes controvérsias, funções que nos séculos XIX e XX foram consideradas, para eles, de *atípicas* ou *anômalas*.⁷

Maior o interesse quando se trata da radical extirpação de um velho postulado do liberalismo clássico, que exigia que somente a vontade geral, expressa pelo legislador, pudesse trazer limitações

os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático”.

⁶ A técnica constitucional atual distingue entre texto, o que está escrito no dispositivo, e a norma, esta a conduta esperada pelo texto. As normas estão classificadas entre princípios e regras ou preceitos; estes de aplicação mais concreta e individual, e aqueles mais genéricos e abstratos, sem que se enfraqueçam, antes aumentem, o seu poder de normatividade. Neste sentido é que se tornou comum a afirmação de que é muito mais grave violar o princípio do que a regra ou preceito. Os princípios constitucionais estão classificados em princípios *fundamentais* ou *estruturantes*, como os constantes no Título I da Constituição de 1988, os princípios gerais, que são aqueles referentes a um grande setor da sociedade, como, por exemplo, os princípios do art. 37 quanto à Administração Pública e, finalmente, os princípios *especiais*, como vemos, também exemplificativamente, no próprio art. 37, inciso XXI, ao tratar dos princípios que regem as licitações.

⁷ Mesmo no regime parlamentarista, a separação dos poderes entre órgãos diferenciados do Estado se mostra tema bem complexo pela diversidade da atuação administrativa, a despeito da maior ou menor predominância do Parlamento sobre os demais. Tal complexidade mais avulta no regime presidencialista, que se caracterizaria justamente pela nítida separação dos Poderes, em face do sistema de *checks and balances* ou de freios e contrapesos como meio de moderação do exercício dos Poderes. Em nosso caso, mostra-se complexo perceber em uma medida provisória, por exemplo, que tem força de lei, onde está a fronteira entre o poder político e a função administrativa, da mesma forma que se vê em súmula vinculante que é obrigatória para as atividades administrativas.

à liberdade individual, como consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789,⁸ proclamando que os limites da liberdade são aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o exercício desses direitos e que *tais limites não podem ser determinados senão pela lei*, que é expressão da vontade geral da sociedade e para qual todos devem concorrer na sua formação pessoalmente ou através de representantes.⁹

3. O INTERESSE PÚBLICO NÃO EXCLUI, ANTES EXIGE O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Aqui e alhures, a Administração Pública objetiva atender ao interesse geral, o interesse público.

A finalidade do interesse público da Administração Pública não lhe confere, por si só, o poder de atuar com supremacia sobre o indivíduo.¹⁰

⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: Art. 3°. *O princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação. Nenhuma entidade, nenhum indivíduo, pode exercer autoridade que daí não emane.* Art. 4°. *A liberdade consiste em se fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício de direitos naturais de qualquer homem não tem limites senão aqueles que assegurem aos outros membros da sociedade o exercício dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei.* Art. 5°. *A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Quem não for proibido pela lei não pode ser impedido de agir, e ninguém pode ser compelido a fazer o que ela não ordena.* Art. 6°. *A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos são iguais perante a lei e igualmente admissíveis a todas dignidades, funções e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que a de suas virtudes e de seus talentos.*

⁹ *Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. A verdade dos fatos interessa ao intérprete, especialmente ao juiz, porém como o estágio inicial da formação de juízo. Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu “significado” ou, como diz Gadamer, referindo-se a Vico, a busca do “sentido”, um saber pelas causas, “que permite encontrar o evidente (verisimile)” (Verdad y método, Salamanca, 1988, p. 50-51). Gadamer complementa seu pensamento com esta asserção: “Pues bien, el concepto de la evidencia pertenece a la tradición. Lo ‘verisimile’, lo vero-simil, lo evidente forma una serie que puede defender sus razones frente a la verdad y a la certeza de lo demostrado y sabido” (p. 579) (Ovídio Silva, “Verdade e significado”, artigo extraído de <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>, em 29 de maio de 2008).*

¹⁰ A dicotomia entre o interesse público e o interesse individual hoje se mostra francamente ultrapassada e somente era suficiente para reconhecer a legitimidade do Estado liberal

Assim é porque qualquer atuação do Poder Público, inclusive e principalmente a atividade administrativa, por si só é suficiente para limitar a liberdade individual. Daí por que Pontes de Miranda lembrou que o princípio da legalidade para os órgãos estatais constitui a face do Poder, e o princípio da legalitariedade para o indivíduo expressa o campo que se lhe assegura para a sua ação transformadora da realidade.

Assim, a liberdade mostra-se bifronte: quanto ao Estado, o princípio da legalidade; quanto ao indivíduo, o princípio da legalitariedade.

Desde a Constituição de 1824, outorgada pelo jovem Imperador Dom Pedro I,¹¹ encontra-se escrito nas nossas Leis Maiores a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, a expressar comando decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

O tratamento diferenciado da Administração Pública a distingue do cidadão comum, o que denominamos no sistema do **Civil Law**, pela tradição francesa, de prerrogativas ou supremacia do interesse público sobre o interesse privado.¹²

do século XIX, o Estado que atuava como simples garantidor (*L'État-gendarme*) e que se limitava a prestações de serviços como defesa nacional, segurança pública e poucos outros. De fato, no século XX evoluímos no sentido de distinguir entre interesse público estatizado e desestatizado, este defensável por cidadão ou organismo não governamental, como se vê nas leis da ação popular e da ação civil pública, bem como não mais se pensa em interesse privado sem a distinção de seu conteúdo, o que levou à classificação dos interesses e direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Neste sentido, ver Nagib Slaibi Filho, **Sentença cível - fundamentos e técnica**, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, capítulo I.

¹¹ D. Pedro I, herdeiro da linhagem absolutista dos Bragança, era, no entanto, como muitos jovens da sua época, admirador de Napoleão Bonaparte e dos ideais liberais franceses, a despeito de a Família Real ter se transmigrado para o Brasil pela invasão de Portugal pelos franceses. Ver, por todos, Octavio Tarquínio de Souza, **A vida de D. Pedro I**, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1954.

¹² A França deu à Europa Continental, e aos países colonizados por espanhóis e portugueses, o sistema que coloca a Administração Pública em patamar superior ao administrado, o qual se encontra genuflexo perante o Poder Público através de princípios como o da presunção *juris tantum* da validade dos atos estatais, as prerrogativas processuais do Poder Público em Juízo, a autoexecutoriedade dos atos administrativos etc. O sistema do **Civil Law** ou sistema jurídico românico-germânico mantém tal tratamento de supremacia do Poder em face da pessoa, o que não ocorre no sistema herdado dos ingleses pelos estadunidenses

Neste atuar, principalmente no sistema francês, necessariamente se coloca em confronto a liberdade individual em face do interesse público, pelo que o regime liberal exige que a função administrativa esteja jungida à lei genérica e abstrata, assim enquadrada dentro de critérios de calculabilidade ou previsibilidade acessível a todos através da lei genérica e abstrata.

4. **COMMON LAW E CIVIL LAW: RACIONALISMO E EMPIRISMO**

A limitação da liberdade individual para a satisfação do interesse público é o conteúdo do princípio da legalidade que a Constituição de 1988 coloca como norma reitora da Administração Pública de todos os Poderes da República e em qualquer nível federativo.¹³

No sistema jurídico do *Common Law*, que a Inglaterra disseminou através dos países por ela colonizados, o costume é a principal fonte normativa,¹⁴ com os textos votados

e outros povos e denominado *Common Law*, onde a Administração Pública é tratada em igualdade de condições com o cidadão, inclusive em juízo. Tanto não existe diferença entre processo judicial e administrativo no sistema do *Common Law* que Marcelo Caetano nos conta que o processo administrativo surgiu na Inglaterra em face da inexistência de poder da Administração Pública de executar suas próprias decisões, o que a levou, desde a lei de saúde pública de 1875, a buscar meios judicialiformes de atuação para vencer a resistência dos administrados que a reputavam ilegítima, símbolo de atuação despótica do Poder. Aliás, em sede brasileira, basta se ver, sobre o mesmo tema, a reação popular às medidas que o sanitarista Oswaldo Cruz apresentou no início do século XX para combater epidemias, o que foi depois lembrado nas medidas do Governo do Rio de Janeiro, em 2008, no combate à dengue. Até no sistema brasileiro há muitos setores em que a Administração Pública perdeu ou ficou proibida de exercer a autoexecutoriedade, como se vê, por exemplo, na desapropriação e na cobrança fiscal. Contudo, ainda há uma tendência despótica na atuação do Poder Público em sede administrativa, sob o falso fundamento do atendimento ao interesse público, como se vê, em exemplo atual, na apreensão, sem ordem judicial, de veículos automotores que não pagaram as multas de trânsito ou o imposto de propriedade veicular.

¹³ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...*

¹⁴ Deve-se distinguir entre lei e norma. A norma é a regra de conduta, constituída do preceito ou suporte fático, que é a descrição de uma conduta, e a sanção, que é a descrição das consequências que decorrem da incidência do fato descrito no preceito. As normas podem ser regras ou preceitos, que são as normas mais individualizadas, e princípios, que são as normas de maior incidência. Já a lei é expressão que se toma como representativa do texto, dos artigos e dispositivos que compõem o conjunto do Direito legislativo. Assim,

pelo Parlamento (*statute Laws*) dispondo de caráter subsidiário.¹⁵

Já o sistema jurídico do *Civil Law*, que herdamos da Europa continental através de Portugal e da Espanha, coloca como principal fonte normativa o texto legal, como se vê no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e nos arts. 126 e 127 do Código de Processo Civil,¹⁶ seguindo-se a analogia (a aplicação ao caso semelhante da situação descrita em norma que não aquela que regula o fato), o costume (que é a norma empírica, a conduta decorrente da experiência social em situações como a objeto de análise) e os princípios gerais do Direito (como os conhecidos princípios que proíbem o dano ou o enriquecimento sem causa).

ao referirmos à fonte normativa, podemos expressar a lei, os costumes, os princípios gerais, enquanto, ao nos referirmos à lei, estamos limitados aos textos nos quais o legislador expressa a sua vontade. Na língua inglesa, *Law* expressa o Direito, enquanto lei é expressa por *statute*. A. Groppali, em sua *Filosofia Del Diritto* (Ulrico Hoepli, Milano, 1906, p. 199, no capítulo sobre o conceito de Direito), considera o Direito como o conjunto de normas irrefragavelmente obrigatórias, que, munidas de sanção e feitas valer pela autoridade do Estado, regulam as ações dos indivíduos e dos grupos sociais com o fim de assegurar o respeito, a retribuição, o socorro recíproco e a subordinação das pessoas na relação mais importante da vida social.

¹⁵ *Há em toda a lei uma ordem do legislador à nação. A nação, porém, só ouve essa ordem através da Administração. Uma lei raramente basta por si mesma. É, de alguma sorte, uma regulamentação de relance e pertence à Administração completá-la e precisá-la por uma regulamentação nova determinando o terra-a-terra das aplicações particulares. A Inglaterra, temendo o arbítrio administrativo, inscreve nas suas leis singularmente prolixas muitas disposições que a França reserva para os seus decretos, mas, dum modo geral, não há país que recuse ao governo o poder regulamentar. O regulamento é, em suma, uma interpretação da lei pela Administração; ora, uma interpretação, mesmo de boa-fé, é muitas vezes, assim como a tradução de um pensamento estrangeiro, uma espécie de traição; ainda que o regulamento se cinja bem ao texto legislativo, não deixa de ser, por definição, uma adição, um complemento à lei. E, no caso frequente em que as disposições legais não são completas em si mesmas, se o legislador não fixou um prazo máximo para a publicação do decreto, a Administração pode retardar indefinidamente, sem ilegalidade violenta, a aplicação efetiva da lei* (Jean Cruet, *A vida do Direito e a inutilidade das Leis*, Edijur, Leme-SP, 3ª edição, 2008, p. 87, obra lançada em 1908). Justamente se precavendo sobre a inércia estatal quanto à efetividade dos direitos individuais, a Constituição de 1988 estabeleceu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º).

¹⁶ Art. 126. *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.* Art. 127. *O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Somente se autorizado pela lei, poderá o juiz aplicar a equidade, como descrito no art. 1.109 do Código de Processo Civil, ao tratar da denominada jurisdição voluntária: *O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*¹⁷

A aplicação das normas legais como primeiro momento para a concretização do Direito, o chamado critério da legalidade estrita, constitui vinculação do juiz e do administrador à diretiva de conduta imposta pela norma legal ao Estado e à sociedade.

Somente se falhar a previsão do suporte fático pela norma legal é que poderão ser utilizados, sucessiva e supletivamente, os critérios da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito.

O critério da legalidade estrita é, assim, o triunfo da vertente racionalista, da pretendida capacidade do ser humano de planejar as condutas para o futuro, adiantando a solução dos problemas que certamente ocorrerão.

Contudo, é limitada, porque humana, a capacidade de planejamento do futuro.

Tal limitação forçou o legislador a dispor sobre a suplementação da norma legal nos mencionados art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil.

A equidade prestigia o empirismo, o reconhecimento de que os fatos devem ser conhecidos e enfrentados quando ocorrerem.

A equidade, como decorre do disposto no art. 127 da lei processual civil, é uma concessão do legislador ao empirismo, à situação concreta, ou, como dizia Jorge Americano em frase clássica, que o *julgamento pela equidade confere ao juiz o poder de dar ao caso a norma que criaria se legislador fosse.*¹⁸

¹⁷ Tal poder judicial concedido pela lei não dispensa a fundamentação que se exige de todos os atos judiciais, como decorre do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

¹⁸ Em comentário que se aplica perfeitamente ao atual Direito brasileiro, veja-se Yves Gaudemet, professor de Direito Público na Universidade de Paris II e Médiateur de la République francesa, em entrevista que se vê no http://www.mediateur-republique.fr/fic_bdd/pdf_fr_fichier/1115390735_M4Page4.pdf: “L’équité n’est pas une notion de droit, ni d’ailleurs la correction du droit. Elle est la correction des erreurs que l’application du droit peut commettre. Je crois que partout où le droit intervient, et dans les espaces de

O empirismo tem o seu relativo triunfo também no disposto no art. 335 da lei processual, pois na produção das provas, *em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*¹⁹

Admitia-se que o critério da legalidade estrita, vinculando a conduta de todos à lei votada pelos representantes eleitos do povo, seria a única fonte normativa legítima da Administração Pública.

Contudo, a restrição da fonte normativa administrativa ao texto legal desde logo se mostrou inviável pelas novas e múltiplas funções do Estado moderno, abandonando o modelo do liberalismo clássico do *laissez faire, laissez passer*.

O Estado liberal que passou a predominar no século XIX como reação ao absolutismo real nos deixou a idéia, de todo herdada do sistema francês de Direito Administrativo, de que somente o Parlamento, como produtor da lei formal, poderia impor as condutas não só aos particulares, mas também à própria Administração Pública.

liberté qu'il laisse, l'équité a sa fonction. Mais en France, cette notion souffre d'être assimilée au principe d'égalité, qui plus est, d'égalité dans le malheur ! En d'autres termes, j'accepte une situation ou une décision défavorable, à condition qu'il en soit de même pour mon voisin... Nous sommes à l'opposé ici de l'attitude anglo-saxonne, plus constructive, reconnaissons-le..." (A equidade não é uma noção de Direito, nem mesmo a correção do Direito. Ela é a correção dos erros que a aplicação do Direito pode cometer. Eu creio que sempre que o Direito intervém, e dentro dos espaços de liberdade (ao aplicador) que ele deixa, a equidade tem a sua função. Mas em França esta noção acaba por ser assimilada ao princípio da igualdade, ou melhor, o da igualdade no infortúnio! Em outros termos, eu aceito uma situação ou uma decisão desfavorável, sob a condição de que seja a mesma para o meu vizinho... Estamos aqui em oposição à atitude anglo-saxônica, mais construtiva, devemos reconhecer...)

¹⁹ Talvez como reação racional a um sistema claramente empírico no sistema de provas, doutrinadores denominam de princípio da persuasão racional o que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil: *O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento*. Ora, se o texto legal diz que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos do processo, significa que a apreciação da prova é fato evidentemente empírico, que depende do caso concreto e que não pode nem deve ser submetido a sistemas diretivos. Neste mesmo sentido é o que decorre do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição, admitindo no processo todos os meios de prova, desde que lícitamente obtidos.

O princípio da legalidade passa a se apresentar como a fonte normativa em que a conduta administrativa busca a sua legitimidade.

A atividade da Administração Pública não é realizada somente pelos agentes dos órgãos da Administração direta (como aqueles integrantes dos Poderes da República) ou indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou delegatários de serviços públicos (concessionários e permissionários), mas também a inumerável multidão daqueles que, até mesmo eventualmente, realizam atos de vontade ou transformam a realidade em nome da Administração Pública (como a celebração de casamentos religiosos com efeitos civis, ou, até mesmo, o particular que prende quem for encontrado em flagrante delito, como decorre do art. 301 do nosso vetusto Código de Processo Penal).

Tal conduta pode ser a transformação material da realidade (ato-fato ou fato material, como, por exemplo, a realização de uma obra pública ou o fato administrativo de uma aula na escola, ainda que em estabelecimento privado²⁰) como também pode ser a manifestação de vontade pelo órgão administrativo (como, por exemplo, a decisão que conduziu à execução da obra ou a aprovação do plano de curso em que se insere determinada atividade educacional).

Enfim, no Estado moderno não é fácil classificar os atos administrativos por seus agentes, pois a classificação material, que leva em conta o conteúdo do ato, cada vez mais alcança a atividade privada que também se obriga pela ordem jurídica a atender aos interesses que transcendem os individuais.

²⁰ A aula e os demais procedimentos do processo educacional constituem evidentemente fatos e atos administrativos, ainda que ministrados em estabelecimentos privados. Diz o art. 209 da Constituição que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as condições de cumprimento das normas estabelecidas nas gerais da educação nacional (no caso, notadamente a Lei de diretrizes e bases da educação nacional, a Lei Darcy Ribeiro) e a autorização e a avaliação de qualidade pelo Poder Público. Em outras palavras, os atos e fatos da educação, ainda que não sejam realizados por entidades públicas ou delegatárias do serviço público, constituem atos administrativos porque a atividade privada depende não só de prévia autorização como de avaliação (inclusive sobre a legalidade dos atos) pelo Poder Público. A Lei nº 9.394/96, a Lei Darcy Ribeiro, em seu art. 1º enuncia: *A educação abrange*

5. A SÚMULA VINCULANTE Nº 10 COMO REFORÇO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Supremo Tribunal Federal editou a sua 10ª Súmula vinculante que, como as demais súmulas vinculantes, tem força obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, como decorre do disposto no art. 103-A²¹ da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

O enunciado sumular tem a seguinte redação:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Em decorrência, afastar a incidência de lei ou ato normativo do Poder Público sem fundamento expresso em sua inconstitucionalidade constitui ato ilícito que não pode ser perpetrado pelos órgãos fracionários de Tribunal e, muito menos, pelos demais

os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. § 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. § 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

²¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

agentes do Poder Judiciário ou da Administração Pública de todos os níveis federativos.

Note-se que o enunciado sumular traz a expressão *ato normativo do Poder Público*, encontrada no art. 97 da Constituição e que é a regra ou preceito da reserva do plenário, a exigir, desde a Constituição de 1934, que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial poderão os tribunais deixar de aplicar a lei ou ato normativo do Poder Público que afrontar a Lei das Leis.

Tal enunciado sumular vinculante, se aparentemente está dirigido aos órgãos fracionários de tribunais, na realidade apresenta uma dimensão normativa bem mais abrangente, permitindo a validação dos atos normativos públicos que não estejam sob a forma de lei, inclusive os múltiplos atos administrativos normativos que são editados profusamente pelo Poder Público. Tais atos administrativos normativos passam a ter a sua normatividade, ou força de incidência sobre os fatos que regula, garantida por reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal em procedimento célere preconizado no texto constitucional.

Enfim, a despeito de aparentemente não se dirigir o Enunciado nº 10 à Administração Pública, constitui o mesmo poderoso e eficiente meio de validação dos atos normativos administrativos, muitas vezes ignorados não só pelos órgãos judiciais como, principalmente, pelos órgãos da própria Administração Pública em quaisquer níveis federativos.

6. SÚMULA Nº 2 - BINGOS E LOTERIAS

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

O enunciado expressa reiteradas decisões da Corte Constitucional no sentido de que se deve aguardar a legislação federal, de exclusiva competência da União (art. 22, XX), para regular o sistema de consórcios e sorteios, inclusive através de bingos e loterias, assim inviabilizando legislação estadual e distrital que incursionou sobre o tema, sob o fundamento de se inserir na competência remanescente.

É tema evidentemente administrativo, porque dependente a atividade privada de exploração dos consórcios e sorteios de prévia autorização ou licença administrativa.

Eventual liminar ou cautelar concedida em qualquer processo judicial poderá ser impugnada não só pelos recursos comuns²² como através de ações de impugnação, como a suspensão da segurança²³ ou a reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, em decorrência da violação do enunciado sumular.

7. SÚMULA Nº 3 - PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Ao mais apressado, que não acompanhe a jurisprudência da Corte Suprema, poderia parecer que a parte inicial do enunciado simplesmente repete a garantia do contraditório e da ampla defesa, para qualquer processo judicial ou administrativo, prevista no art. 5º, LVI, da Constituição, e que tal garantia teria sido miseravelmente cassada na parte final do mesmo dispositivo sumular.

Ocorre que o ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma e pensão conceitua-se como ato administrativo composto, na classificação divulgada por Hely Lopes Meirelles,²⁴ seguindo

²² Adota-se o conceito de recurso como o meio de impugnação da decisão no próprio processo.

²³ Cristina Gutiérrez, *Da suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

²⁴ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed., atual, Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho (Atual.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172: *o ato composto distingue-se do ato complexo porque este só se forma com a conjugação de vontade de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade*. Tal classificação, no entanto, merece discrepâncias em outros autores e até mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, em não poucos momentos, referem-se a tais atos como atos complexos.

a lição de Raneletti, em que a primeira manifestação de vontade, como a do chefe da repartição ou autoridade administrativa competente funcionalmente para a concessão, é suficiente para a produção dos efeitos iniciais, mas depende de homologação ou ratificação ou referendo do Tribunal de Contas.

Em consequência, não basta o caráter dialético do contraditório e da ampla defesa somente em face da Autoridade que primeiro concedeu a aposentadoria, reforma ou pensão, devendo se integrar em eventual lide judicial o respectivo Tribunal de Contas.

Neste aspecto, a súmula tenta resolver antiga pendenga doutrinária e jurisprudencial: a maioria das decisões precedentes aceitava que a impugnação da concessão de aposentadoria, reforma ou pensão se fizesse somente em face da Autoridade que primeiro manifestou a vontade, geralmente o chefe da repartição ou o chefe do Poder Executivo. Estes eram demandados como autoridades impetradas sem que se providenciasse a integração ao remédio procedimental o respectivo Tribunal de Contas, que, aliás, não raras vezes, foi a Autoridade que mandou proceder à correção ou anulação do ato.

Embora o enunciado somente se refira ao Tribunal de Contas da União, pelo princípio federativo da simetria, o mesmo é aplicável também nas dimensões estadual, distrital e municipal, quanto à respectiva Corte de Contas, inclusive os Tribunais de Contas dos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro.

8. SÚMULA Nº 5 - DEFESA POR ADVOGADO EM PROCESSO DISCIPLINAR

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

O enunciado sumular não pretende a revogação ou insubsistência da garantia constitucional do caráter dialético dos processos judicial e administrativo, como mandado fazer pelo que decorre do disposto no art. 5º, LV e LVI, da Carta de 1988.

O enunciado sumular vinculante acompanha diversos precedentes da Suprema Corte que ensejaram a Súmula comum nº 523:

No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Referência: Cód. Proc. Penal, arts. 563, 564, III e 564, III, c; Habeas Corpus 42.274, de 10-6-65 (Rev. Trim. Jurisp. 33/717); 43.501, de 22-8-66 (Rev. Trim. Jurisp. 38/581); 45.015, de 20-2-68 (D. de Just. de 26-4-68) e 45.336, de 29-3-68 (D. de Just. de 4-10-68).

Pode-se facilmente depreender dos seus termos que a Súmula vinculante nº 5 não dispensa a defesa no processo administrativo, mesmo porque não poderia fazê-lo em face dos termos expressos no art. 5º, LVI, da Constituição.

O que o enunciado dispensa, como regra geral, é a defesa técnica por advogado e a necessidade de tal somente pode ser apurado em cada caso, de acordo com o tema em debate no processo.

A Constituição e as leis não condicionam o exercício da defesa somente ao profissional jurídico, porque o conceito de defesa técnica está intrinsecamente ligado ao ponto principal de decisão no processo (o denominado *meritus causae*) e somente pode ser apurado em cada situação concreta.

A Súmula nº 523 refere-se ao processo penal, porque editada em época anterior ao disposto no art. 5º, LV e LVI, da Constituição de 1988, mas deve ser interpretada como abrangente de todos os processos sancionatórios ou punitivos e que restrinjam, em maior ou menor grau, o exercício dos direitos.²⁵

²⁵ A Lei nº 9.784/99, sobre o processo administrativo federal, bem indica a extensão do ato administrativo ao dispor no art. 50: *Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma nature-*

Em caso caso, em cada processo, deve-se apurar se a deficiência da defesa é suficientemente densa para anular os atos processuais, em atenção, inclusive, à parêmia *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).²⁶

Os termos do enunciado vinculante somente se referem ao processo disciplinar administrativo, o qual, de praxe, é considerado como processo administrativo²⁷ cujo objeto seja a conduta do servidor público.

Contudo, em atenção ao devido processo exigido pelo disposto no art. 5º, LV, como garantia em qualquer processo que alcance a liberdade e os bens, verifica-se que o enunciado sumular alcança não somente o âmbito restrito dos servidores públicos, mas todo e qualquer processo sancionatório ou punitivo, inclusive aqueles realizados por entidades privadas, como, por exemplo, o processo de exclusão de associado previsto no art. 57 do Código Civil: *A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.*

Evidentemente, em se tratando de processo que não tenha sede em órgãos da Administração Pública, a incidência da súmula vinculante somente ocorrerá em face de decisão judicial, como seria, por exemplo, o indeferimento pelo juiz de pretensão cautelar de associado excluído sem defesa técnica suficiente.

za, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

²⁶ Ver o disposto no art. 250 do Código de Processo Civil e art. 564 do Código de Processo Penal. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece como direito do administrado, em seu art. 3º, IV, o de *fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força da lei*. A parte final deste dispositivo merece, então, interpretação conforme o enunciado sumular em comento e a antiga Súmula nº 523, no sentido de que somente se pode apurar em cada caso a necessidade e a atuação da defesa técnica por advogado.

²⁷ Jessé Torres Pereira Júnior, na sua premiada obra *O direito à defesa na Constituição de 1988* (Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 87), afirma que *o processo administrativo é a fronteira entre a discricionariedade - atributo que ressaí da lei para o uso legítimo da autoridade administrativa - e a arbitrariedade - agir contrário à lei, à margem dela ou por ela desautorizado.*

9. SÚMULA Nº 6 - REMUNERAÇÃO DE PRAÇAS PRESTADORES DE SERVIÇO MILITAR INICIAL

Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para os praças prestadores de serviço militar inicial.

Não se pense que o novo enunciado veio revogar a garantia constitucional do salário mínimo ou que agora esteja permitido qualquer ataque ao princípio da dignidade humana.

Em precedente que foi indicado como fundamento do enunciado, o Recurso Extraordinário nº 570.177, consta no acórdão lavrado pelo Ministro Ricardo Lewandovsky:

CONSTITUCIONAL. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. SOLDOS. VALOR INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, III, 5º, CAPUT, E 7º, IV, DA CF. INOCORRÊNCIA. RE DESPROVIDO.

I - A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores.

II - O regime a que submetem os militares não se confunde com aquele aplicável aos servidores civis, visto que têm direitos, garantias, prerrogativas e impedimentos próprios.

III - Os cidadãos que prestam serviço militar obrigatório exercem um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria.

IV - A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas.

V - Recurso extraordinário desprovido.

(RE 570177, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-09 PP-01737).

Decorre de tal precedente a incidência restrita dos termos sumulares aos cidadãos que prestam serviço militar obrigatório,

expressa a obrigação da União para os conscritos somente ao fornecimento de condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório.

10. SÚMULA Nº 11 - USO DE ALGEMAS

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Certamente é a mais controvertida das súmulas vinculantes, ultrapassando em polêmica a súmula nº 13, que proíbe o nepotismo.

Contudo, refere-se evidentemente ao poder de polícia que é uma das faculdades ou poderes da Administração Pública, e assim está conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional: *Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.*

Como um dos precedentes que fundamentaram a edição do enunciado, está o Recurso de Habeas Corpus nº 56.465, julgado em 1978, constando como relator o Ministro João Batista Cordeiro Guerra, e com a seguinte ementa:

Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança, testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido (RHC 56465, Relator: Min.

Cordeiro Guerra, Segunda Turma, julgado em 05/09/1978, DJ 06-10-1978 pp. 00415).

Pontes de Miranda já ensinava:

*O conceito de prisão é dado por sugestões históricas já as-sentes nos povos cultos e significa qualquer restrição à liberdade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou ainda, qualquer constrangimento à liberdade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaça, ordem de ficar, de ir, ou de vir, de permanecer dentro de determinada zona etc.*²⁸

Adotando tal ensinamento como epígrafe, em artigo intitulado “Constituição, prisão e algemas”, em 1994, tivemos a oportunidade de anotar:

Em nosso país, há traços culturais atávicos ligados ao emprego de algemas e à revista pessoal do preso. Há quem entenda que o preso de melhor condição social, ou portador de títulos, não pode ser algemado nem pode sofrer a revista pessoal, no momento da detenção, o que constituiria intolerável tratamento degradante. Tal deturpada forma de pensar é reminiscência da legislação colonial, distinguindo entre “pessoa de qualidade” e “peão”. Contudo, desde então, muitas revoluções tronitroaram os princípios liberais de “liberdade, fraternidade e igualdade”, sempre citados, nem sempre cumpridos. A questão do emprego de algemas e de realização da revista pessoal é absolutamente secundária. O que importa é a prisão e a sua juridicidade: se há juridicidade na prisão,

²⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, 3. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, 6 tomos, tomo V, p. 215.

conseqüentemente há juridicidade no uso das algemas e na revista pessoal.

Não importa o fundamento da prisão: provisória, definitiva, por inadimplemento de pensão alimentícia, em flagrante delito por contravenção - qualquer preso deve ser, de imediato, revistado e algemado.

A revista é para recolher objetos cujo porte, pelo preso, sejam incompatíveis com a sua situação jurídica.

As algemas manietam o preso, inibem sua movimentação, desestimulam a fuga, tranqüilizam o custodiador, desarmam os espíritos dos envolvidos.

Consideram-se algemas não só aquelas usadas nos braços, mas até mesmo as eletrônicas, presas ao corpo do preso, que transmitem sinais de sua localização para uma central. Nem todo algemado está preso; mas todo preso deve ser algemado. O constrangimento, se houver, está no fato da prisão e não no fato do emprego das algemas.²⁹

O enunciado sumular parece indicar que o uso de algemas está restrito somente ao preso, sem se referir ao detido.

No entanto, o Direito pátrio de há muito distingue entre prisão e detenção.

Está preso aquele submetido a mandado judicial ou quem, encontrado em flagrante delito, foi autuado pela autoridade policial que lhe mandou entregar a nota de culpa referida no Código de Processo Penal.

Está detido quem, não sendo preso, encontra-se com o seu direito de locomoção limitado, como, por exemplo, aquele que foi encontrado em flagrante delito e está sendo conduzido à presença da autoridade policial para ser autuado, se for o caso, ou quem está submetido a mandado de condução, ou quem é testemunha e é mantido incomunicável à disposição da autoridade judicial ou

²⁹ Nagib Slaibi Filho, “Constituição, prisão e algemas”, em: **Boletim da ADV/COAD**, Informativo nº 7, ano 14, p. 89 a 86, de 18 de fevereiro de 1994; **Revista Ação Policial**, edição nacional, p. 7 a 12; **Livro de Estudos Jurídicos**, coordenado por James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1994, n° 8, p. 264 a 271.

policial encarregada da instrução. Aliás, contra os presos que fogem do estabelecimento de custódia expedem-se mandados de captura e não de prisão, pois são considerados presos que devem ser capturados...³⁰

O enunciado sumular somente se refere ao preso e caso se entendesse que somente quem está submetido à prisão poderia ser algemado, o agente da autoridade não poderia algemar aquele que está conduzindo à presença da autoridade para autuação em flagrante delito.

De qualquer forma, na parte final do enunciado, há referência à nulidade da prisão ou *do ato processual a que se refere*, de onde se pode extrair que o uso de algemas é jurídico ainda que não haja tecnicamente a prisão.

A inovação jurídica que se encontra no texto sumular está no dever do agente público que utilizou a constrição por algemas de fundamentar a medida excepcional, que somente se torna legítima *em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros*.

O suporte fático da norma refere-se à resistência, o que também constitui tipo penal, bem como a fundado receio de fuga

³⁰ Veja notícia publicada em 24 de novembro de 2008: *Mandado de Captura*. Ministros de Justiça e do Interior do MERCOSUL discutiram, na última sexta-feira (21), em Porto Alegre (RS), a criação do Mandado de Captura para a região. O sistema terá por modelo o mandado europeu, em vigor desde 2004 entre 27 países, muito semelhante ao de uma extradição, só que mais célere. Os procedimentos europeus levam, em média, de 13 a 90 dias para a tramitação completa. No Brasil pode chegar a três anos a efetivação da entrega de um extraditando. De acordo com a Unidade Européia de Coordenação Judiciária (Eurojust), foi registrado um caso de detenção recorde - apenas 2h de operação. "O mandado de captura do MERCOSUL é fundamental para que as nossas barreiras sigam se caracterizando como elementos de integração e não de impunidade para aqueles que se escondem em terras fronteiriças", destacou o ministro Tarso Genro, durante o discurso de encerramento do encontro na capital gaúcha. O assunto também esteve na pauta do VI Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL, realizado no Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília. O secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto, lembrou que a globalização da economia favorece o desenvolvimento e o progresso das nações, mas também facilita a ação de criminosos. "As nações se vêem forçadas a modernizar suas técnicas investigatórias, seus mecanismos de persecução criminal, seus ordenamentos jurídicos". Segundo o secretário-executivo, a extradição é um processo muito formal e moroso, com dupla execução, por envolver o Judiciário e o Executivo. O Brasil mantém acordos de extradição com 24 países. Estão submetidas à apreciação do Congresso Nacional mais oito solicitações de cooperação internacional.

ou de perigo à integridade física do agente ou de terceiros, vindo a ameaça não só do preso como também de terceiros.

Pelo que decorre dos termos sumulares, a decisão do uso de algemas incumbe ao agente público que realiza a prisão, e, em consequência, do que está disposto no art. 301 do Código de Processo Penal, também do particular que realiza o ato de prender aquele que for encontrado em flagrante delito³¹.

No documento em que justificar a utilização das algemas, deverá o agente demonstrar em que residiu o seu fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física sua ou de terceiros. Vê-se, assim, que o enunciado sumular concedeu amplo campo de atuação ao agente o qual pratica ato vinculado a tais motivos, embora estes sejam abertos.

Na apreciação dos fatos, se houver dúvida sobre a veracidade do afirmado pelo agente, que tem a sua conduta contestada pelo preso, tal dúvida opera em favor daquele que está no exercício da função pública, pois ele tem, ou deveria ter o domínio dos fatos e exerce múnus público, respondendo pela correção da sua atuação.

Aqui, por se tratar de ato processual ou pré-processual, não se aplica o brocardo *in dubio pro reo* mas o *in dubio pro societate* decorrente do poder de polícia da Administração Pública.

11. SÚMULA Nº 12 - COBRANÇA DE MATRÍCULA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no artigo 206, inciso IV, da Constituição Federal.

Entre os precedentes que instruíram o enunciado sumular, está o Recurso Extraordinário nº 500.171, sob o relato do Ministro Ricardo Lewandovsky, com a seguinte ementa:

³¹ Assim, os agentes privados de segurança, no exercício de sua função, estão também autorizados à utilização das algemas para conduzir aquele que foi encontrado em flagrante delito à autoridade policial. A qualificação do fato, ou se saber se o mesmo é suficiente para autorizar a prisão ou se o agente vai responder solto ao processo, é tema de competência da autoridade a quem o mesmo foi apresentado.

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTABELECIMENTO OFICIAL. COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA. INADMISSIBILIDADE. EXAÇÃO JULGADA INCONSTITUCIONAL.

I - A cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o art. 206, IV, da Constituição.

II - Embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à educação superior.

III - As disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à luz dos princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro. (RE 500171, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO, DJe-202, DIVULG 23-10-2008, PUBLIC 24-10-2008, EMENT, VOL-02338-05, PP-01014.)

Ficaram vencidos os Ministros Carmen Lúcia, Eros Grau, Celso de Mello e Gilmar Mendes, entendendo que a disposição do mencionado art. 206, IV, não impede a cobrança da contribuição ou preço público ou tarifa³² de matrícula aos alunos que tenham condições de pagá-las.

12. SÚMULA Nº 13 - VEDAÇÃO AO NEPOTISMO

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes

³² Evidentemente, como bem observou a Ministra Carmen Lúcia, não se trata de taxa, que é espécie tributária e sim de tarifa, ao teor da Súmula nº 545, do Supremo Tribunal Federal.

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

É certamente a súmula vinculante mais famosa e sua edição mereceu a imediata crítica de muitos que consideraram que a Suprema Corte simplesmente atropelou o Congresso Nacional, onde ainda tramita, há algum tempo, emenda constitucional que intenta vedar o denominado nepotismo na Administração Pública.

O longo enunciado sumular reproduz, em linhas gerais, uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que vedava o denominado nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, em ato normativo que decorreu da declarada e malsucedida intenção de se colocar tal proibição na Emenda Constitucional que tomou o nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e vigência a contar do ano seguinte, intitulada “Reforma da Justiça”.³³

Não foi simples a conversão da resolução do Conselho Nacional de Justiça, que somente tem autoridade sobre os órgãos do Poder Judiciário, em súmula vinculante, aplicável aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de todos os Poderes e em todos os níveis federativos, mas não aos órgãos de cúpula dos Poderes Executivo e Legislativo, que são órgãos políticos e não meramente administrativos.

Decisão da Ministra Carmen Lúcia, na Medida Cautelar ao Mandado de Segurança nº 27689 - DF, entendeu que incumbe ao Diretor-Geral do Senado Federal, que ostenta a qualidade de agente administrativo e não de agente político, como os parlamentares, o cumprimento da súmula vinculante e que o mesmo não está sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e, sim, da Justiça federal comum para fins de competência no julgamento de mandado de segurança.

³³ A súmula vinculante ora em comento evidentemente revogou todas as leis e os demais atos normativos infraconstitucionais sobre o tema, inclusive os atos do Conselho Nacional de Justiça, e até mesmo ato normativo interno do Supremo Tribunal Federal; contudo, como as decisões do Conselho Nacional de Justiça declaradamente constituíram a causa da súmula vinculante, ainda continuam servindo de paradigma e meio de interpretação para as necessárias interpretações que se fizer em torno do enunciado sumular.

Contudo, a prática na aplicação da Súmula vinculante nº 13 tem demonstrado que a mesma não incide na designação de cargos evidentemente políticos, ou de membros do Poder, como se refere o disposto no art. 37, XI, da Constituição, podendo os Chefes de Poderes Executivo nomear parentes, cônjuges e companheiros como Ministros ou Secretários estaduais, municipais e distritais.

13. CONCLUSÃO

A súmula vinculante constitui poderoso instrumento de garantia do princípio da legalidade administrativa que não mais pode ser considerado, como no Estado liberal clássico, a simples e imediata obediência aos termos da lei formal, mesmo porque o legislador, por seu caráter humano, não tem a capacidade de prever todos os fatos futuros.

O princípio da legalidade decorre também dos demais princípios constitucionais e constitui racional diretriz para a atuação da Administração Pública, sem que fiquem tolhidos os seus meios de atuação decorrentes da experiência adquirida ao longo do tempo e das rotinas de procedimento.

As súmulas vinculantes de conteúdo administrativo, editadas até final de 2008, decorrem, em grande parte, de precedentes do Supremo Tribunal Federal ao julgar as matérias indicadas, agregando, aos enunciados, elementos decorrentes de sua competência hermenêutica em tema constitucional, assim aclarando os seus termos para permitir o seu inteiro cumprimento. 